IV.

Der gegenwärtige Stand der Leistungen der Gesetzgebung und Wissenschaft auf dem Gebiete des bürgerlichen Verfahrens mit besonderer Rücksicht auf die Frage: wie eine gemeinsame Civilproceßordnung für alle deutschen Staaten zu erreichen ist.

Von

Mittermaier.

(Fortsetzung.)

Ehe wir zu weiteren Erörterungen der Punkte übergehen, die wir im vorigen Hefte als diejenigen bezeichneten, über welche es der Verständigung bedarf, wenn eine gründliche Verbesserung des bürgerlichen Verfahrens möglich werden soll, machen wir nachträglich auf einige seit dem Erscheinen des letzten Heftes Uns zugekommenen Mittheilungen aufmerksam. Wir haben die Bedeutung des neuesten im Königreiche der Niederlande den Generalstaaten vorgelegten Gesetzesentwurfs über die gerichtliche Organisation hervorgehoben, die wesentlichen Bestimmungen des Entwurfs mitgetheilt [1]) und insbesondere auf die in der Denkschrift enthaltenen hervorgehenden Entwicklungen des Justizministers über die wichtigsten Fragen in Vergleichung mit vielen belehrenden Erörterungen im Ausschußbericht der zweiten Kammer aufmerksam gemacht. Vor uns liegen nun die Verhandlungen der zweiten Kammer über den Entwurf [2]). Es findet sich darin ein Schatz kostbarer für Alle, die in irgend einem Lande mit dem Gegenstande sich beschäftigen, wichtiger Materialien, da viele Bestimmungen des Entwurfs von einzelnen Rednern heftig angegriffen und dabei wichtige Erfahrungen mitgetheilt wurden. Ausgezeichnet sind die Reden des Justizministers, der, indem er den Entwurf vertheidigte, ebenso von den leitenden Grundsätzen ausgehen, als die Erfahrungen Hollands und anderer Länder anführen mußte. Das Ergebniß der Berathung war, daß der Entwurf mit allen vorgeschlagenen wesentlichen Bestimmungen von der Mehrheit der Kammer ange-

---

1) Im vorigen Hefte S. 390.

2) Die Berathung wurde vom 7. bis 22. November 1860 fortgesetzt.

nommen wurde; insbesondere finden sich im angenommenen Entwurfe die oben mitgetheilten Bestimmungen (Art. 8) über die Stellung des Staatsanwalts in Civilsachen, indem er den Gerichtssitzungen im Civilprocesse nicht anzuwohnen braucht, und keine Conclusionen abgiebt [3]). Am meisten war der Vorschlag, gegen alle Strafurtheile Appellation zu gestatten, Gegenstand lebhafter Streitigkeiten [4]); nicht weniger war dies der Fall bei der Regelung der Summe, bis zu welcher die Einzelnrichter zuständig sein sollen (Art. 42), so wie in Bezug auf den Vorschlag, die Prorogation ausgedehnt zuzulassen. Wir müssen bei Gelegenheit der einzelnen Fragen auf die Benützung der belehrenden Kammerverhandlungen zurückkommen. Unsere Leser erinnern sich, daß wir oben [5]) die neuen Gesetze von Piemont von 1859 über Gerichtsverfassung und Civilproceßordnung mitgetheilt haben. Diese Gesetze traten erst kurze Zeit in Wirksamkeit; allein die amtlichen Mittheilungen der in dieser Zeit gemachten Erfahrungen verdienen Aufmerksamkeit. Vor uns liegen die Rechenschaftsberichte von zwei Generalprokuratoren Piemonts [6]), über die Justizverwaltung §. 1559 u. 60. Wir heben daraus hervor, daß der Rechtspflege nach dem neuen Gesetze, ein sehr günstiges Zeugniß gegeben und eine große Neuerung in dem Processe von 1859 die war, daß darnach in allen Sachen auch bei dem geringsten Betrage die Appellation zugelassen wurde. Wir erfahren, daß sich bisher keine Nachtheile gezeigt haben und die Befugniß nicht mißbraucht wurde, daß auch die vielfach geäußerte Besorgniß, daß durch die Erweiterung der Competenz der Einzeln-

---

3) Die in der Verhandlung vom 12. Nov. vorgebrachten Gründe gegen den Regierungsvorschlag sind nicht gewichtig. Der Art 5 wurde mit 41 Stimmen gegen 21 angenommen.

4) Nach dem Zwecke des gegenwärtigen Aufsatzes genügt die Angabe, daß die Mehrheit der Kammer mit 89 Stimmen gegen 30 die Appellation angenommen hat.

5) Im vorigen Hefte S. 388. 390.

6) Rendiconto dell amministrazione della, giustizia per l' anno 1859. 60 presentato all assemblea generale della corte d' appello di Torino per Procuratore generale P. Vigliani 1860. Rendiconto dal Procuratore generale Parizzardi. Genova 1860.

richter die Geschäftslast der letzten sehr anwachsen würde, als grundlos sich zeigte. Ein gutes Zeugniß für die Justiz der Einzelnrichter ist, daß die von ihnen gefällten Urtheile in zweiter Instanz in der größten Mehrzahl bestätigt wurden [7]). Wohlthätig bewährte sich die Wirksamkeit zur Verminderung der Processe durch Vergleich theils durch die Thätigkeit der aufgestellten avocati delli poveri [8]), theils durch die Bemühungen der Einzelnrichter [9]). In den Rechenschaftsberichten wird das Bedauern ausgesprochen, daß bei manchen Gerichtshöfen auch in nicht schwierigen Fällen die Urtheile statt daß sie sogleich gefällt werden, lange hinausgeschoben werden [10]) und daß manche Gerichtshöfe zu nachsichtig sind, indem sie den Anträgen der Advocaten auf Vertagung der Sache in einer neuen Sitzung nachgeben. Ein günstiges Urtheil wird über das neue (unten mitzutheilende) Gesetz über die Anwälte und ihr Wirken, ausgesprochen. Wir haben in dem vorigen Aufsatze nachgewiesen, daß in den Ländern, in welchen eine auf Mündlichkeit und Oeffentlichkeit gebaute, im Wesentlichen dem französischen Verfahren nachgebildete Proceßordnung besteht, im Allgemeinen ebenso von den Juristen, wie von den Rechtsuchenden die Stimme der Zufriedenheit mit den Einrichtungen (allerdings mit vielfachen Forderungen von Verbesserungen) sich ausspricht [11]), die amtlichen Berichte aus den deutschen

---

7) Im Bezirke von Turin wurden von den 1858.59 von 35 Einzelnrichtern gefällten Urtheilen 80 bestätigt, 28 völlig, 11 theilweise geändert. Im J. 1859—60 wurden 91 Urtheile in zweiter Instanz bestätigt, 16 völlig und 13 theilweise abgeändert.

8) Es ist dies eine der herrlichsten Einrichtungen von Piemont. Durch sie wurden 1859—60 von 128 im Bezirke von Turin an sie gebrachten Streitigkeiten 43 verglichen.

9) Es wird angegeben, daß im Bezirke von Turin von 20397 bei den Einzelnrichtern angebrachten Sachen nur 6534 durch Urtheile beendigt wurden.

10) Man muß sich in diesem Punkte vor einem voreiligen Urtheile hüten, weil oft manchem Juristen, der rasch eine Meinung über eine Sache faßt, der Fall schon einfach erscheinen kann, während gründliche Richter die Schwierigkeiten besser würdigen.

11) In der Preußischen Gerichtszeitung 1861 Nr. 5, S. 21 spricht ein rheinpreußischer Jurist, nachdem er unpartheiisch die Mängel der französ. Civilproceßordnung gezeigt hat (worauf wir unten zurückkommen werden)

Rheinprovinzen, in welchen der franzöſ. Code beſteht, (aber mit vielfachen verbeſſerten Einrichtungen) geben erfreuliche Beweiſe über die gute Wirkſamkeit der dortigen Civilrechtspflege [12]). Auf ganz andere Weiſe äußert ſich dagegen die Stimme der Rechtſuchenden und der verſtändigen Juriſten in Ländern, in welchen der deutſche geheime ſchriftliche Proceß fortbeſteht, und die Thätigkeit der Geſetzgebung nur in einzelnen auf Vereinfachung, Abkürzung der Proceſſe berechneten Verbeſſerungen jedoch mit Beibehaltung der Grundlagen des bisherigen Verfahrens ſich äußerte. Wir wollen, um den Beweis der allgemeinen Unzufriedenheit zu liefern, auf die laut gewordenen Klagen und Erfahrungen in Oeſterreich, Baiern, Baden uns berufen, wo ſich zugleich ergiebt, daß alle Urtheilsfähigen die Mittel der Abhülfe nicht in den halben Maßregeln und in dem Flickwerk, mit dem man ſich bisher helfen wollte, ſondern in der Einführung eines mündlichen öffentlichen Verfahrens erkennen. Solche Stimmen wurden in Oeſterreich 1859 in den Aufſätzen laut, welche Auszüge aus dem Berichte der Preußiſchen Immediatcommiſſion über die Vortheile des öffentlich=mündlichen Civilverfahrens ent=

---

als Grund der Liebe der Rheinländer zu ihrer Geſetzgebung aus, daß dieſe Proceßordnung die großen Grundſätze der älteren Rechtsſprechung nämlich Mündlichkeit und Oeffentlichkeit wieder zur Geltung gebracht, das geiſttödtende Schreibwerk beſeitigt und den Parteien wie ihren Rechtsbeiſtänden die rechte Schaam vor dem kleinlichen und ränkevollen Proceſdiren beigebracht hat.

12) Intereſſante Erfahrungen liefert hierzu der neueſte (Nov. 1860) veröffentlichte Jahresbericht des Generalprokurators über die Reſultate der Rechtspflege in den Gerichten der Pfalz von S. 24 an. Man ſieht daraus, daß von den 1851 durch Einzelnrichter in der Rheinpfalz gefällten 8399 Urtheilen von 7103 Fällen das Urtheil nach einem Tag Verhandlung und in 1768 binnen acht Tagen gefällt werden konnten, daß von 6036 definitiven Urtheilen 50 durch Appellation angefochten wurden, bei 13 wurde die Berufung zurückgenommen, 49 wurden abgeändert, bei den Bezirkscollegialgerichten erſter Inſtanz waren 2231 Proceſſe anhängig, von denen 1996 durch definitive Urtheile erledigt, von denen zwar 1690 innerhalb 3, 166 etwa 6 Monaten, bei dem Appellationsgerichte wurden nur 18 Appellationen anhängig, in 28 wurde das Urtheil beſtätigt. Daß auch Frivolität des Streites herrſchte, ergiebt ſich daraus, daß von Bezirksgerichten nur 168 und von den Einzelnrichtern 1052 als grundlos abgewieſen wurden.

halten[13]. Auf ähnliche Weise sind Zeugnisse deutscher Schriftsteller mitgetheilt[14]. Noch wichtiger sind die Mittheilungen der Erfahrungen österreichischer Schriftsteller, welche durch ihre Stellung in der Lage waren, den Gang des in Oesterreich eingeführten Verfahrens zu beobachten[15]. Alle stimmen darin überein, daß die dem Instruenten im sogenannten mündlichen Verfahren zugemuthete Wahrheitserforschung häufig keine genügenden Materialien für die Urtheilsfällung liefert, weil dies Verfahren auf Voraussetzungen beruht, über welche sich der Gesetzgeber selbst täuschte, indem dabei so viel von dem subjectiven Ermessen des Instruenten abhängt, der bestimmt, welche Erklärungen die Parteien und in welcher Form er sie zu Protokoll bringt, ob das Gesagte in dem Sinne, wie es die Parteien vorbrachten, schriftlich wiedergegeben wird, wo leicht ein Wort mehr oder weniger die eigentliche Absicht der Parteien zweifelhaft machen, und den rechtlichen Grund verändern kann, um so mehr, als oft eine Sache von verschiedenen Gesichtspunkten aus beurtheilt werden kann, und es nur von dem Instruenten abhängt, ob er den richtigen Gesichtspunkt auffaßt und darnach bestimmt, was zur Sache dienlich, was erheblich und unerheblich ist. Wer kann läugnen, daß auf diese Art, wenn der Instruent leicht durch das Hin- und Herreden der Parteien irre geleitet, den unrichtigen Gesichtspunkt auffaßt er dann ein ungenügendes Material zu Protokoll bringt? Es ist eine schlimme Selbsttäuschung der Gesetzgeber, wenn sie sich einbilden, daß durch die Vorschrift, das Protokoll den Parteien zur Unterschrift vorzulegen, oder dadurch, daß bei dem Obergerichte die Mängel des Protokolls entdeckt werden, etwas erheblich verbessert wird; man vergißt bei der ersten Vorschrift, daß von unerfahrenen Parteien nicht erwartet werden kann, daß sie im Stande sein werden, bei dem flüchtigen Vorlesen einzusehen, ob ihr Vortrag richtig aufgezeichnet wurde, und bei dem zweiten Vorschlage läßt man unbeachtet, daß der erkennende Richter, wenn er die Parteien nicht selbst hört, nicht beurtheilen

13) Oesterreichische Gerichtszeitung 1859, Nro. 135. 136. 140. 141.

14) Gerichtszeitung 1860 Nro. 1 u. 2.

15) Gerichtszeitung 1860 Nro. 8. 9. Die dort gelieferten Auszüge sind aus den Schriften von Kopezky, Berger, Koczyuski, Kabah genommen.

kann, ob das Protokoll treu ist. Alle stimmen überein, daß nur durch Einführung der Unmittelbarkeit der Vorträge der Parteien oder ihrer Vertreter von dem urtheilenden Richter und durch Oeffentlichkeit gründlich geholfen werden kann. Ueber die Modifikationen der Durchführung dieser Grundlagen herrscht freilich Verschiedenheit der Ansichten; für verdienstlich halten wir, daß die Redaction der Gerichtszeitung aus dem Werke des Hrn. Zink, worin die Vorzüge des linksrheinischen Civilprocesses sehr tief eingehend in allen Einzelnheiten geschildert werden, ausführliche Auszüge mittheilt [16]) und dadurch manchen Vorurtheilen entgegenwirkt. Eine beachtungswürdige Abhandlung des rühmlich bekannten Juristen Glaser über die Grundlagen des mündlich öffentlichen Civilprocesses [17]) die Erörterung kömmt, nachdem sie die verschiedene Durchführung des Grundsatzes der nothwendigen Verbindung der schriftlichen und mündlichen Elemente des Processes in den einzelnen Proceßgesetzgebungen entwickelt hat, zur Anerkennung, daß der hannoverische Proceß am passendsten beide Elemente vermittelt hat.

Auch Haimerl, dessen mit Nachdruck und Sachkenntniß durchgeführten Entwickelungen über die Vorzüge des Verfahrens, das auf Unmittelbarkeit gebaut ist, wir in früheren Bänden des Archivs mitgetheilt haben, bleibt nach seinen neuesten Aufsätzen der Ueberzeugung treu, daß mit der Einführung halber Maßregeln insbesondere mit Entbindung des Richters von den Fesseln beengender Beweisregeln aber mit Erhöhung der Competenz der Amtsrichter und Einführung der Untersuchungsmaxime, das gesunkene Vertrauen in der Justizverwaltung gänzlich untergraben würde und daß nur durch wahre Mündlichkeit und Oeffentlichkeit geholfen werden könne [19]). Auf gleiche Weise erhalten wir auch aus der neuesten österreichischen Zeitschrift Zeugnisse dafür,

---

16) Oesterreichische Gerichtszeitung 1860 Nro. 105—9.

17) Gerichtszeitung 1860 Nro. 145. 146.

18) In einer österreichischen Vierteljahrsschrift für Rechts- und Staatswissenschaft VI. Bd. liefern Anzeigen S. 4, wo der Verf. das Werk von Zink mit manchen sehr guten Bemerkungen anzeigt.

19) Eine neue Schrift: Palingenesis, Denkschrift über Verwaltungsreformen in Oesterreich, Leipzig 1860, S. 81 kömmt zur nämlichen Ansicht.

daß das in Oesterreich geltende Civilverfahren unpassend ist und nur durch Einführung des wahren mündlichen Verfahrens Abhülfe möglich wird. Es wird bezeugt[20]), daß durch das bestehende Verfahren der Advokatenstand in seinem Ansehen leidet, während er durch das öffentliche mündliche Verfahren gewinnt; daß auch die mit Recht geforderte Anerkennung der freien Beweisprüfung nur dann einen Werth haben kann, wenn die Mündlichkeit dem Richter möglich macht, nicht erst durch das Medium der Schrift oder eines Referenten das Material des Streits kennen zu lernen[21]). Es wird anerkannt[22]), daß dem jetzigen Stande des Volkslebens nur ein Verfahren entspricht, das auf Unmittelbarkeit beruht, daß die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit durch ein gewisses Maaß von Mündlichkeit bedingt ist, zugleich eine Garantie eines gerechten Spruches ist, daß aber die Durchführung einer Verbindung des mündlichen und schriftlichen Verfahrens mit den Prinzipien, worauf der Gesetzgeber den Proceß baut, nach den verschiedenen Abschnitten des Verfahrens und der Gerichtsverfassung zusammenhängt.

Wir sehen in Baiern seit einer Reihe von Jahren die Ueberzeugung sich Bahn brechen, daß das bisherige Flickwerk in der bairischen Proceßgesetzgebung die gerechten Forderungen nicht befriedigt und nur Einführung des mündlichen öffentlichen Verfahrens als Mittel der Hülfe anerkannt ist; es wurde dies in diesem Archive vielfach nachgewiesen. Die Regierung selbst hatte dies durch ihre vorgelegten Entwürfe von 1827 und 1830 anerkannt, und im Grundlagengesetz von 1848 war ausgesprochen, daß das Civilverfahren die unmittelbare öffentliche Verhandlung vor dem urtheilenden Richter zur Grundlage haben sollte. Vergebens wartete man auf die Vorlage eines entsprechenden Gesetzesentwurfes. Man fühlte in Baiern den Mangel um so schmerzlicher, jemehr das in Strafsachen eingeführte mündlich öffentliche Verfahren immer besser sich bewährte und die Frage bei den Rechtsuchenden

---

20) Zeitschrift für österreichisches Notariat, herausgegeben N. v. Kißling 1860. Nro. 3, S. 15.

21) Zeitschrift 1860, S. 55.

22) Zeitschrift S. 59. 66. 69. 74.

sich aufdrängte, warum man nicht ein ähnliches Verfahren in Civilsachen einführe. Daß die 1856 eingeführte Gerichtsverfassung, die auf das Verfahren wirkte, dem Uebel nicht abhelfen würde, war schon zur Zeit der Berathung in den Kammern vorhergesagt. Der öffentlichen Stimme in Baiern über den ungenügenden Zustand der Civilrechtspflege gab in der bairischen Kammer der Abgeordneten Hr. Lauk (seit vielen Jahren Oberappellationsrath und tüchtiger Schriftsteller im Proceßrechte) Worte[23]), indem er zeigte, daß durch die zur Gerichtsordnung von 1753 hinzugekommenen Novellen von 1819 u. 1837 nicht geholfen, vielmehr ein bedrohlicher Formalismus herbeigeführt wurde, so daß nach der Aeußerung von Lauk die bairische Proceßführung in ihrem größten Theile nicht mehr ein Kampf mit ehrlichen Waffen zur Wiederherstellung gekränkter Rechte, sondern größtentheils zu einem Systeme der Lüge und des Läugnens geworden ist. Es wurde ausgesprochen, daß durch den bestehenden Rechtszustand eine größere Anzahl von Processen und eine längere Dauer hervorgerufen würde, weil die Parteien (mit ihren Anwälten), hoffen können, durch geschickte Handhabung der processualischen Formen wenigstens auf längere Zeit den Forderungen des materiellen Rechts sich entziehen zu können. Es wird die Erfahrung bezeugt, das bei zwei Dritteln der von dem obersten Gerichtshof abzuurtheilenden Sachen die Entscheidung auf processualischen Fragen beruht. In den damaligen Verhandlungen der Kammer wurde von einem erfahrenen Mitgliede (v. Lerchenfeld) ausgesprochen, daß mit einer Reform des Civilproceßverfahrens, freilich *nicht mit einer Reform, die den bisherigen schriftlichen Proceß beibehält, und dann den mündlichen darauf pfropft*, sondern eine solche, die nur überhaupt so viel beibehält, als nothwendig ist, damit der Richter das Material gehörig vorbereitet erhält und übersehen kann, worüber er zu urtheilen hat, daß mit einer solchen Reform $^{2}/_{3}$tel der Processe hinwegfallen und die Uebrigen um $^{3}/_{4}$tel der Zeit schneller erledigt werden könnten. Man er=

23) Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten 1859, stenographische Berichte, Sitzung v. 10. März 1859, S. 128.

fährt aus Mittheilungen anderer Redner, daß die 1856 eingeführte Gerichtsverfassung zwar durch Anordnung von Bezirksrichtern Manches verbessert habe, aber nicht nachhaltig helfen konnte, weil (vorzüglich wegen einer ergangenen bedenklichen Instruktion des Ministeriums) die Justizbeamten in einer vielfach nachtheiligen Abhängigkeit von der Administration sich befänden.

Noch entschiedener zeigt sich die Unvollkommenheit des deutschen Civilprocesses in den Ländern, in welchen die Gesetzgebung durch die Vorstellungen, wie sie dem preußischen Processe nach der Gerichtsordnung vorschwebten, nämlich durch die Ansicht leiten ließ, daß die Parteien von der Herrschaft der Anwälte emancipirt werden müßten, daher selbst ihren Rechtsstreit bei Gericht führen könnten, daß dafür aber gesorgt werden müßte, daß die unerfahrene Partei geschützt werde, indem der Proceßleitende Richter durch seine Unpartheilichkeit den nachtheiligen Folgen der Ungleichheit der Partheien vorbeugen muß. Die sogenannte mündliche Verhandlung zu Protokoll bleibt darnach die Hauptsache; und im Zusammenhange mit diesen Vorstellungen stehen dann drei Einrichtungen, nämlich, daß man an der Justiz der Einzelrichter, so daß sie über alle Sachen in erster Instanz zu urtheilen haben, festhält, daß man das schriftliche Verfahren nur als Ausnahme, wenn das Gericht dies genehmigt, zuläßt [24]), und daß das Gesetz wenigstens versteckter Weise dahin wirkt, daß die Parteien daran gewöhnt werden, ihre Processe bei Gericht selbst ohne Zuziehung von Anwälten zu führen, indem das Gesetz davon ausgeht, daß regelmäßig in der Thätigkeit des Richters genügender Schutz für die Partei liegt und die Beiziehung eines Anwalts nicht nothwendig ist [25]). Bei einer solchen Gesetzgebung läßt sich auf eine den gerechten Forderungen der Rechtsuchen=

24) Nach der badischen Proceßordnung von 1851, Art. 219 ist dies nun in besonders verwickelten Streitigkeiten gestattet.

25) Die badische Proceßordnung Art. 169 bestimmt, daß in jedem Falle der Richter zu erwägen hat, ob nach der Beschaffenheit des Streits die durch den Beizug von Anwälten verursachten Kosten als nothwendig zu betrachten sind. Darnach weiß keine Partei voraus, ob wenn sie einen Anwalt beizieht, am Ende wenn sie siegt, der Gegner ihr die durch Beizug des Anwalts verursachten Kosten erstatten muß.

den entsprechende Rechtspflege in vielen Processen nicht rechnen, und vielfache Nachtheile sind die Folgen davon; dadurch wird schon die Einführung der nothwendigen, die Durchführung eines auf Unmittelbarkeit und Oeffentlichkeit beruhenden Verfahrens bedingenden Gerichtsverfassung gehindert, nach welcher Collegialgerichte in erster Instanz zu urtheilen haben. Die weitere Folge ist, daß durch das Zusammenwerfen der verschiedenartigsten Rechtsstreitigkeiten, also auch der schwierigsten und verwickeltsten, die in einem Verfahren verhandelt werden müssen, welches nur bei mündlichen Processen passend sein mag[26]), Nachtheile entstehen. Die Gesetzgeber machen sich nicht klar, daß in einer sehr großen Zahl von Processen schwierige Rechtsfragen vorkommen, daß in der Mehrzahl es auf Entscheidung von processualischen Fragen ankömmt, und zur gründlichen Beurtheilung solcher Fragen ein sorgfältiges wissenschaftliches Studium gehört, bei welchem alle wissenschaftlichen Fortschritte gekannt und geprüft werden und vielfach der Besitz von literarischen Hülfsmitteln nöthig ist, die aber den zum großen Theile auf dem Lande oder in kleinen Städten angestellten Einzelnrichtern nicht leicht zugänglich sind. — Alle in diesem Archive oft mitgetheilten Erfahrungen, welche man in Preußen in Bezug auf das Untersuchungsprincip machte, und die den preußischen Gesetzgeber seit 1833 bewogen, ein anderes Verfahren einzuführen, werden auch in den Ländern gemacht, in welchen man von der amtlichen Sorgfalt des Einzelnrichters Heil erwartet; überall zeigt sich die Erscheinung, daß die gehoffte Erzielung eines genügenden auch für den Oberrichter zureichenden Streitmaterials ebenso daran scheitert, daß unwillkürlich der Instruent nicht die nöthige Unparteilichkeit hat, um von jeder Partei die geeignetsten Erklärungen zu erhalten, als dies dadurch gehindert war, daß der Richter zu leicht durch eine vorgefaßte Meinung über die Sache, durch irrige Auffassung des entscheidenden rechtlichen Gesichtspunktes auch der Instruktion eine einseitige Richtung giebt. Am nachtheiligsten wirkt dies Verfahren auf die Stellung der Advokaten, insofern durch das bisherige Verfahren die Achtung vor dem

---

26) Was wir im vorigen Hefte S. 407 aus den Motiven zum Meiningischen Entwurf mittheilten, paßt auf jedes Land.

Advokatenstande vermindert und das neue Verfahren, bei welchem der Gesetzgeber mehr oder minder offen die Ansicht ausspricht, daß durch die amtliche Thätigkeit des Richters die Beiziehung von Anwälten entbehrlich wird, geeignet ist, die Bürger immer mehr davon zu entwöhnen, des Rathes eines tüchtigen Anwalts bei Abschließung von Rechtsgeschäften und vor und bei Rechtsstreitigkeiten sich zu bedienen, während die Form sowohl die des Dictirens zu Protokoll als die einer inquisitorischen Vernehmuug nicht dazu gemacht ist, einen tüchtigen Anwalt für seinen Beruf zu begeistern und ihm jenes Gefühl der Würde einzuflößen, das bei dem öffentlichen mündlichen Verfahren wohlthätig wirkt. Ueberall lehrt die Erfahrung, daß in den Ländern, in welchen dies oben geschilderte Protokollverfahren vor den Einzelnrichtern besteht, ausgezeichnete Anwälte, die fühlen, daß sie zu etwas Besserem berufen sind, nicht gerne in den Gerichtssitzen in kleinen Orten sich niederlassen, und daß überhaupt die Anwälte in ihren Einnahmsquellen beschränkt sind, so daß selbst nicht erwartet werden kann, daß sie die für wissenschaftliche Fortbildung nöthigen Mittel sich leicht verschaffen können.

Unter solchen Umständen wird die rasche und kräftig durchgreifende Reform der Civilproceßgesetzgebung dringendes Bedürfniß; damit aber verbindet sich der Wunsch, daß, wenn eine solche Reform erfolgt, auch eine Verständigung der deutschen Staaten über eine gemeinsame Gesetzgebung auf dem Gebiete des Civilverfahrens erfolge, weil sich daran vielfache Vortheile für den inneren allgemein sich verbreitenden Verkehr knüpfen würden. Einen Antrag auf eine solche gemeinsame Gesetzgebung hat ein tüchtiger Jurist, Hr. Waldeck, an dem Berliner Juristentage gestellt[27]). Der Antragsteller, der in dem glücklichen Zustandekommen der deutschen Wechselordnung ein gutes Vorzeichen findet, daß man auch über eine gemeinsame Civilproceßordnung sich vereinigen werde, hebt hervor, daß gerade bei dem Civilverfahren die Einheit der Formen sich eher erreichen läßt, weil hier nur Fragen, bei denen ohnehin die Beantwortung mitunter arbiträr

27) Verhandlungen des ersten deutschen Juristentages, Berlin 1860, S. 9.

bleibt, vorliegen, deren Beantwortung von Verschiedenheit des materiellen Rechts weniger abhängt, und der Regel nach gerne Juristen überlassen werden. Hr. Waldek zeigt, daß nach der Entwicklungsgeschichte des Processes in Preußen der Erlassung eines gemeinsamen Proceßgesetzbuchs keine Hindernisse entgegen stehen würden, und wie sehr die Frage: ob ein gemeinsames Civilproceßgesetzbuch zu Stande kommen kann, mit der Gerichtsverfassung zusammenhängt, spricht Hr. Waldek dadurch aus, daß er erklärt: wo etwa noch Justiz und Administration verbunden sind, wo man mit den Grundprincipien Einzelnrichter in minderen Sachen, Gerichtscollegien in den übrigen und mündliches Verfahren nicht einverstanden ist, da lasse man jeden Gedanken an Proceßreform oder gar Proceßeinheit in Deutschland. Der Antragsteller hebt dann einige Punkte hervor, deren Prüfung und Ausgleichung nothwendig ist, ehe man an die Arbeit des allgemeinen Proceßgesetzbuchs geht[28]). In den Verhandlungen auf dem Juristentage[29]) wurde schon von der Abtheilung dem Antrag gemäß die Bearbeitung eines deutschen Civilproceßgesetzbuchs für ein dringendes Bedürfniß erklärt; bei Vergleichung der Berathungen bemerkt man leicht, daß die Mitglieder, indem sie das öffentliche mündliche Verfahren einführen wollen, von sehr verschiedenen Ansichten ausgehen, und Einige an das bestehende Preuß. Verfahren dachten, während Anderen das hannoversche vorschwebte, wobei sie aber wieder dies letzte Verfahren, das sie aus Erfahrung nicht kennen, in verschiedenem Sinne auffaßten. Was nach allen Erfahrungen des Verfassers des gegenwärtigen Aufsatzes in Bezug auf die Berathung wichtiger Fragen

---

28) Diese Punkte sind 1. ob mit der Angabe der thatsächlichen Behauptungen in Klagen, Einreden, Repliken die Angabe der Beweismittel zu verbinden ist, 2. ob Beweisinterlocute appellabel sein sollen, 3. ob Vertretung durch Rechtsanwälte obligatorisch zu machen, 4. ob Abweisung der Klage per decretum zuzulassen 5) ob das Rechtsmittel letzter Instanz der Sache im vollen Umfang oder nur die Anwendung mit Ausübung des Gesetzes zur Entscheidung des höchsten Gerichtshofs bringen soll.

29) Verhandlungen S. 263. 328.

auf großen gemischten Versammlungen, die in ein paar Tagen das reichhaltige Material erledigen wollen, sich ergiebt, daß man nur auf Andeutungen sich beschränken kann, und das Drängen der Zeit einer gründlichen Erörterung entgegen steht, zeigte sich auch in Berlin. Waldek fühlte, daß man über Principien sich verständigen müsse, und hielt darum eine Berathung über die von ihm bezeichneten 5 Punkte für wünschenswerth, wogegen die Verhandlung nur auf kurze Andeutungen sich beschränkte. Der Beschluß der Versammlung ist sehr allgemein gehalten, und beschränkt sich nur darauf, daß die Versammlung sich einstimmig für Mündlichkeit und Oeffentlichkeit und eine darauf zu gründende gemeinschaftliche Gesetzgebung aussprach. Für den nächsten Juristentag wird eine Commission die nöthigen Vorbereitungen zur endlichen Erledigung des wichtigen Antrags sammeln. Jeder, der von der hohen Bedeutung der Einheit des deutschen Vaterlandes durchdrungen ist, wird auch lebhaft die Erreichung der Rechtseinheit wünschen, und insbesondere die Vortheile einer gemeinsameren Civilrechtspflege anerkennen; wir besorgen aber, daß viele wohlgesinnte Personen die Schwierigkeiten bei Abfassung eines solchen Gesetzbuchs nicht genug würdigen und die Erreichung des Ziels und die Mittel dazu sich leichter denken, als es der Fall ist. Wir erlauben uns, um eine Verständigung herbeizuführen, auf gewisse wesentliche Punkte aufmerksam zu machen. I. Wir finden vorerst in Bezug auf gewisse Vorfragen und Bedingungen vielfache Schwierigkeiten, an deren befriedigender Hebung die Verständigung über ein gemeinsames Civilproceßgesetzbuch leicht scheitert. II. Vorzüglich sind es gewisse politische Zustände, welche als Hindernisse der Verständigung erscheinen. III. Nicht weniger bemerkt man den Mangel der Klarheit über die Aufgabe einer Civilproceßordnung. IV. Es bedarf der Verständigung über den Weg, auf welchem am sichersten eine gemeinsame Proceßgesetzgebung vorbereitet werde. V. Es bedarf der Prüfung, auf welchem Wege die Verständigung der Rechtseinheit durch einen Cassationshof zu sichern ist. Eine nähere Begründung der bezeichneten Punkte dürfte am Platze sein, um eine Verständigung anzubahnen. I. Im innigsten Zusammenhang mit dem Verfahren steht die Gerichtsverfassung, weil von ihr die Wirk-

samkeit processualischer Einrichtungen abhängt und die besten Vorschriften, z. B. über Mündlichkeit durch eine ihre richtige Durchführung sichernde Gerichtseinrichtung, bedingt ist. Wer mag glauben, daß da von einer wirksamen Oeffentlichkeit, von Vortheilen einer wahren Mündlichkeit des Verfahrens gesprochen werden kann, wenn in erster Instanz Einzelnrichter zu entscheiden haben? Waldek hat daher Recht, wenn er bei seinem Antrag ausspricht, daß man jeden Gedanken an Einheit der Proceßgesetzgebung aufgeben soll, wenn nicht das Hinderniß der Rechtssprechung durch Einzelnrichter in allen Sachen aufgegeben wird. Es kann aber nicht verkannt werden, daß in deutschen Staaten noch vielfach Vorliebe für die Rechtsprechung durch Einzelnrichter in höhern Kreisen herrscht, und daß auch in den neuen Gesetzgebungen, nach welchen in der ersten Instanz Collegialgerichte sprechen sollen, die Competenz der Einzelnrichter so ausgedehnt wird, daß in der Mehrzahl der Streitsachen Einzelnrichter entscheiden würden. Voraussichtlich aber wird darüber, wie weit die Competenz der Einzelnrichter gehen soll, die Verständigung zwischen allen deutschen Regierungen auf manche Schwierigkeiten stoßen 30). Ein anderer Punkt, worüber nicht leicht die Verständigung zu erzielen sein wird, betrifft die Frage: ob in der Gesetzgebung, wie in Frankreich, in Hannover, jeder mündlichen Verhandlung Schriftenwechsel nur zwischen den Anwälten vorausgehen und das durch die Mittelspersonen der Gerichtsvollzieher geschehen soll, oder ob diese Schriften bei Gericht einzureichen sind, und von diesen den Parteien mitgetheilt werden. Eben in Bezug auf die Art des schriftlichen vorbereitenden Verfahrens wird wieder eine Verschiedenheit der Ansichten entstehen, indem Manche mehr umfassende Schrif-

30) Es kann ohnehin nicht geläugnet werden, daß dabei örtliche Verhältnisse Einfluß haben, weil nach der Erfahrung in manchem Staat die Summen, die den Streitgegenstand bilden, in der Mehrzahl der Fälle niedriger sind, als in andern Staaten. Sehr zu beachten sind darüber die in den Generalstaaten Hollands vorgekommenen Verhandlungen. Wir haben oben angeführt (dies Archiv Band 43. S. 408) daß in Meiningen nach dem Regierungsentwurf die Summe bis zu der die Einzelnrichter zu entscheiden haben auf 100 Gulden gesetzt war, auf Antrag des Oberappellationsgerichts Jena auf 175 Gulden erhöht.

ten gefordert werden, in denen die bindende Grundlage aller Anträge der Parteien für das nachfolgende mündliche Verfahren enthalten ist (so in Preußen, in Oldenburg, in den sächsischen Fürstenthümern) [31]) oder die Schriften nur den Charakter wie in dem französ. Verfahren, oder mit dem oben angegebenen doppelten Inhalt, wie nach dem neuen sardin. Gesetzbuche oder in der Einrichtung, wie sie in Hannover vorgeschrieben ist, an sich tragen sollen. Damit hängt die Frage zusammen, in welchem Sinne die Mündlichkeit durchgeführt werden soll, insbesondere ob sie als gleichbedeutend mit Unmittelbarkeit aufzufassen ist. Wie wichtig diese Vorfrage ist, über welche sich die Gesetzgeber verständigen müssen, lehrt die Erfahrung von Hannover, wo geachtete Praktiker eine sehr verschiedene Ansicht über das Wesen der Mündlichkeit und ihr Verhältniß zur Unmittelbarkeit aufstellen [32]). Die Entscheidung mancher scheinbar wenig bedeutenden, aber dem genaueren Beurtheiler als wichtig erscheinenden Frage hängt nur davon ab, welche Auffassung von Mündlichkeit man zum Grunde legt, z. B. wenn eine Partei in der Sitzung ausbleibt und die Sitzung wiederholt wird, ob das in der ersten Sitzung Vorgetragene genügt, oder ob ein Richter auf Grundlage der in der vorigen Sitzung geschehenen Aufzeichnungen entscheiden kann. — Auch im Auftrag einzelner Gesetzesvorschriften ist eine Verständigung nicht so leicht vorherzusehen. Wir wollen nur auf zwei Punkte aufmerksam machen, und zwar auf solche processualische Vorschriften, welche mit dem materiellen Rechte zusammenhängen, und auf die Vorschriften, welche sich auf die Anordnung des Beweisverfahrens beziehen. In die erste Klasse gehören Bestimmungen über Streitgenossenschaft und über Streitverkündung, über Legitimation zur Sache, Intervention, über die sogenannte Adcitation. Bei der Streitgenossenschaft werden die Proceßvorschriften ver=

---

31) S. in diesem Archive dies Heft S. 32, die wohl begründete Bemerkung von Busch.

32) Wir bitten zu vergleichen die Aufsätze im Magazin für hannover. Recht. Band VI. S. 345, VII. S. 86 und neues Magazin v. 1860, S. 25 (Der letzte Aufsatz ist von G. Leonhardt, dem Hauptredakteur der neuen Proceßordnung.)

schieden sein, je nachdem das Civilrecht über die Theilung der Verbindlichkeiten, über correalobligation Bestimmungen enthält. Die rechtlichen Wirkungen des Mangels der Legitimation zur Sache hängen mit den feinsten Fragen des Civilrechts zusammen. Es ist begreiflich, daß auf diese Art auch die Proceßvorschriften über diese Lehren nach den verschiedenen Bestimmungen des Civilrechts in den einzelnen Staaten verschieden sein werden. Vorzüglich wird eine Verständigung schwer zu erlangen sein in Bezug auf die Proceßvorschriften über Anordnung des Beweisverfahrens, insbesondere bei den Fragen: ob mit den thatsächlichen Behauptungen auch zugleich die Beweismittel vorzubringen sind, und ob ein der Rechtskraft fähiges Beweisinterlocut, so daß dagegen Berufung Statt findet, zulässig sein soll. Waldek hat mit Recht bei seinem Antrage beide Punkte als diejenigen hervorgehoben, über die man sich vorzüglich verständigen müßte. In den Verhandlungen des Juristentages [33]) zeigte sich in Bezug auf den ersten Punkt bald eine Vereinigung[34]); desto mehr ergab sich die Verschiedenheit der Ansichten in Ansehung der Beweisinterlocute. Vergleicht man die darüber auf dem Juristentag vorgekommenen Verhandlungen, so bemerkt man, daß über den Sinn des Beweisinterlocuts unter den Mitgliedern, je nachdem sie dem einen oder anderen deutschen Staate angehörten, eine große Verschiedenheit herrschte, und daß unwillkürlich die Redner durch die Gewöhnung an das, was seit längerer Zeit in ihrem Staate gesetzlich bestand, auch die dort geltende Ansicht für die beste zu halten veranlaßt wurden [35]). Voraussichtlich wird sich die Verschiedenheit der Ansichten geltend machen, wenn es zur Berathung der Frage in der Commission kömmt, die einen Entwurf zum gemeinsamen Gesetzbuche vorzuschlagen hat und der-

---

33) Verhandlungen S. 266 u. S. 328. In den Oldenburgischen Motiven jenes Proceßgesetzbuchsentwurfs v. 1856, S. 189, in den Motiven zum Entw. v. 1857 S. 149 ist die Unzweckmäßigkeit der Vorschrift ausgesprochen, nach welcher Antizipation geboten würde, s. jedoch Zink über Entwickelung des Sachverhalts I. S. 312.

34) Verhandlungen S. 266. 272. 328.

35) Ein Mitglied aus Preußen erklärte (Verhandl. S. 2661), daß kein Preuß. Jurist sich für die Appellabilität der Interlocution bestimmen werde und daß er auf einen gemeinsamen Proceßcodex verzichten würde.

jenigen, die über die Annahme abstimmen soll. Man bedauert, daß es überall an einer in allen Einzelnheiten eingehenden Civilstatistik fehlt, und überhaupt die Sammlung von Erfahrungen mangelt, wie in jedem einzelnen Lande die dortige Einrichtung sich bewährte. Erst dann, wenn hergestellt wird, daß in Ländern, in denen das Preußische System der Interlokute (es besteht auch in Baden[36]), die Fälle, in welchen der Richter sich überzeugt, daß sein ausgesprochenes Beweisdekret ein irriges, unvollständiges war, oder der Oberrichter diese Ueberzeugung gewinnt, zu den seltenen gehörten, würde das vorwiegende Interesse der Abkürzung des Verfahrens zu dem preuß. System führen. In den drei Spruchcollegien, in denen seit 50 Jahren der Verfasser als Mitglied wirkte, war bei fast allen Mitgliedern die Ueberzeugung siegreich, daß das gemeinrechtliche System den Vorzug verdient. Man muß bedauern, daß auf dem Juristentage kein Mitglied die treffliche Auseinandersetzung benutzte, durch welche man in Oldenburg[37]) die Bestimmung rechtfertigte, nach welcher ein der Appellation unterworfenes Beweisinterlocut, an welches der Richter gebunden ist, aufgenommen wurde[38]). Möchten bei der künftigen Berathung des Punkts diejenigen, die dabei thätig sein werden, Erfahrungen sammeln, und wenn sie durch das französische Beweisinterlocut und durch die dafür angeführten Vorzüge[39]) sich bestimmen lassen, auch erwägen, ob sie das damit zusammenhängende französ. System der Ausschließung des Zeugenbeweises billigen wollen; mögen sie (allerdings mit Beachtung der in Preußen laut gewordenen Stimme[40]), die gewichtigen Gründe

---

36) In der Gesetzgebungscommission, deren Mitglied der Verf. des gegenwärtigen Aufsatzes war, wurde nur mit der Mehrheit von einer Stimme das jetzt geltende System 1827. 1830 angenommen.

37) Sie findet sich in den Motiven zum Oldenburg. Entwurf S. 144.

38) Die Oldenb. Proceßordn. §. 242 gestattet aber dem Collegialgerichte (bei dem amtsgerichtlichen Beweisurtheil ist immer die Appellation vorbehalten) die Appellation nur vorzubehalten, wenn sie nur zur Verzögerung dienen würde (wir werden diese Besorgniß nicht billigen).

39) Am ausführlichsten geschildert in Zink's Werk S. 296 bis 328.

40) In der Preuß. Gerichtszeitung 1860 Nro. 44, s. aber auch den Aufsatz von Beschorner in Gerichtszeitung 1861 Nro. 4, vergl. mit Nro. 7.

eines geistreichen österreich. Juristen[41]) für ein appellables das Definitiverkenntniß bindendes den Beweissatz und die Beweislast regelndes Erkenntniß wohl erwägen, und auf jeden Fall zu der Ueberzeugung kommen, daß ein Mittelsystem nicht zu empfehlen ist.

Auf ähnliche Weise werden auch andere wichtige Proceßvorschriften Gegenstand großer Streitigkeiten werden, bei denen eine Verständigung um so schwieriger wird, je mehr die Juristen aus verschiedenen Staaten an den ihnen bekannten Vorschriften hangen, und eine vorgeschlagene Neuerung, die sie nicht näher kennen, mit einer ungünstigen Stimmung aufnehmen. Dies wird insbesondere der Fall sein, wenn die von den Ansichten anderer Länder abweichenden hannoverschen Vorschriften[42]) über Prorogation und Fristenbewilligung vorgeschlagen, oder wenn Anträge gerichtet werden auf die Nothwendigkeit ein freieres Ermessen der Richter bei der Beurtheilung der Beweisfragen einzuführen, namentlich auf die Aufhebung aller gesetzlichen Unfähigkeitsgründe der Zeugen oder auf die Verbannung der bisherigen Lehre von dem zugeschobenen Eide[43]) oder einer der französ. Gesetzgebung nachgebildeten Vorschrift, daß in Sachen, wo der Streitgegenstand gewisse Summen übertraf, kein Zeugenbeweis zugelassen werden soll, oder auf Aufnahme der zur Beseitigung so vieler bedenklicher nothwendiger Eide geeigneten, im Strafprocesse als wohlthätig anerkannten Bestimmung, daß das Gericht auch auf den Grund vieler zusammenstimmenden Vermuthungen einen vollen Beweis annehmen darf[44]).

II. Vielfache Schwierigkeiten der Verständigung über ein gemeinsames deutsches Civilproceßgesetz werden durch die bestehenden politischen Zustände in ihrem Verhältniß zur Gerichtsverfassung und das Verfahren sich erheben und zwar durch die übermäßigen Begünstigungen der Verwaltung und durch Einrichtungen, welche

---

41) Glaser in der österreich. Gerichtszeitung 1861 Nro. 9—10.

42) Hannov. Proceßordnung 142. 153.

43) Wir verweisen auf das in diesem Archive Band 43, S, 411 Vorgetragene.

44) Eine beachtungswürdige Abhandlung darüber findet sich in der Zeitschrift für Gesetzgebung in Baiern VII. S. 359.

unziemlich die Wirksamkeit der Justiz beschränken. Nur da herrscht ein wahrer Rechtsstaat, nur da ist ein Rechtsschutz vorhanden, nur da wird Vertrauen zur Justiz begründet und damit der Rechtssinn im Volke gekräftigt sein, wo Jeder, der sich in seinem Rechte von einem Privatmanne oder durch Handlungen der Behörden des Staats verletzt glaubt, sicher ist, daß durch ein unabhängiges Gericht ungehindert sein Streit entschieden wird. Leider hat der Einfluß, welchen französische politische Zustände im Zusammenhange mit der Rechtsverfassung auf andere Länder ausübten, auch in deutschen Staaten nachtheilig gewirkt und zwar vorzüglich A) durch die Aufstellung einer unter dem Ausdruck: administrativ. contentiöse Sachen durch Gesetze zur Entscheidung an andere Behörden gewiesene und den Gerichten entzogene Rechtsstreitigkeiten. B) Durch das Institut der sogenannten Competenzconflikte.

Nach dem Zwecke des gegenwärtigen Aufsatzes sollen beide Gegenstände nur mit Rücksicht auf den Stand neuerer Forschungen von dem Gesichtspunkte der Unverträglichkeit mit der Pflicht des Staats Rechtsschutz zu gewähren, betrachtet werden. ad A. Die Einrichtung, gewisse Rechtssachen den Verwaltungsbehörden zur Entscheidung zu überweisen, gehört der schlimmen Zeit Frankreichs an[45]), in welcher die königliche Gewalt im Mißtrauen gegen die Richter den willkürlichen Grundsatz aufstellte, daß die Gerichte über Rechtssachen, in denen, wie man sagt, öffentliches Interesse einwirkte, oder wo es auf Auslegung eines Verwaltungsaktes ankam, nicht zu entscheiden hätten, weil mehr nur (die gefügigen und mit abhängigen Beamten besetzten) Verwaltungsgerichte entscheiden sollten. Diese Idee ging in die Zeit der Revolution über, und mit Berufung darauf, daß man die Gewalten scharf trennen müsse und auf die Nothwendigkeit, den früher oft vorgekommenen Uebergriffen der Gerichte in die Verwaltung entgegenzuwirken[46]), stellte die Gesetzgebung schon 1790

45) Nachweisungen in Tocqueville l'ancien regime et la revolution p. 81.

46) Es schwebte dabei die Befugniß der früheren Parlamente zum enregistrement der königlichen Verordnungen vor.

den Grundsatz auf: que les juges ne pourront troubler de quelque maniere que ce soit les operations des corps administratifs, und bestimmte, daß kein Verwaltungsbeamter wegen seiner Amtshandlungen vor Gericht gezogen werde, wenn nicht die oberste Behörde die Verweisung anordnete. Man schuf sogenannte Administrativgerichte[47]), denen man nach dem Ausspruche eines geistreichen französ. Juristen eine physiognomie judiciaire gab, indem man an ihre Entscheidung eine Masse von Rechtsstreitigkeiten wies[48]), welche von Privatpersonen wegen der durch Verwaltungsbehörden zugefügten Rechtsverletzungen erhoben würden. So entstand in Frankreich die Theorie der administrativ contentiösen Sachen[49]). Gegen sie hatten sich in Frankreich stets die Stimmen ausgezeichneter Juristen erhoben[50]), welche zeigten, daß die sogenannten Präfekturgerichte von dem Volke nicht als wahre Gerichte betrachtet würden, und daß die Ueberzeugung allgemein begründet wäre, daß es den Mitgliedern dieser sogenannten Gerichte an den Eigenschaften fehlt, deren Besitz das Vertrauen zur Rechtsprechung wahrer Gerichte bedingt, nämlich die erforderliche gründliche Rechtskenntniß und die Unabhängigkeit. Die Besorgniß liegt nahe, daß die Forderungen des Rechtes unter dem leicht beliebig zu drehenden Gesichtspunkt der Verwaltung unberücksichtigt bleiben und an die Stelle des Rechts Willkür um so mehr treten würde, als nach der Erfahrung die Verwaltungsbeamten häufig, unbedingt selbst die gegen Gesetze streitenden Befehle ihrer Obern zu befolgen geneigt sind. Die französ. Ansicht[51]), die den politischen Zuständen und der Vorstellung von der Nothwendigkeit des Schutzes der Verwaltungsbeamten entsprach, fand auch in vielen

---

47) Eine gute Entwicklung des Gangs des Gesetzgebung in de Fooz le droit administratif belge I p. 238.

48) Eine Zusammenstellung in de Fooz p. 243. 50.

49) Darüber in diesem Archiv IV. S. 394 und gut über den jetzigen Zustand Laferriere Cours de droit public et administratif 5te Ausg. 1860, vol. II, p. 511 besonders in p. 537 an.

50) Eine Zusammenstellung der Aussprüche von Herzog von Broglie von Cormenin, Macrel, Carrè, de Fooz. p. 251. 2.

51) S. in diesem Archiv IV. S. 354 die Gründe gegen die Administrativjustiz.

deutschen Staaten mehr oder minder Eingang [52]), ebenso wie in Italien, wo ohnehin meist die französ. Gesetzgebung zum Vorbilde genommen wurde, und bewirkte, daß noch in neuester Zeit in mehreren italienischen Staaten besondere Gesetze über administrativ contentiöse Sachen erlassen wurden [53]). Erst durch die belgische Verfassung kam die richtige Ansicht, daß administrativ contentiöse Gerichte mit dem constitutionellen System im Widerspruche stehen, auch in der Gesetzgebung zum Siege. Die Verfassungsurkunde spricht im Art. 94 den Grundsatz aus, daß den Gerichten keine Sache entzogen werden kann, im Art. 92. 93 werden Streitigkeiten, welche droits civils ou politiques zum Gegenstande haben, ausschließlich zur Competenz der Gerichte gewiesen, und Art. 107 werden die Gerichte aller Stufen angewiesen, allgemeine, provinzielle und örtliche Verfügungen und Verordnungen nur in so weit anwenden, daß sie den Gesetzen gemäß sind. Unter dem Schutze solcher Bestimmungen ist den Gerichten ihre würdige Stellung gesichert. Darüber, was unter dem Ausdrucke: droits politiques gemeint ist, kann zwar vielfacher Streit vorkommen; allein die Rechtsübung hat in Belgien die richtige Deutung dem Ausdrucke gegeben. Die belgischen Gerichte sind im Besitze ausgedehnter Befugnisse [54]), die dem Wesen der richterlichen Gewalt entsprechen. Auch die Auslegung des Art. 101 in Bezug auf die Frage: ob die Gerichte auch die in vorgeschriebener Form aber verfassungs-

---

52) Zusammenstellung in diesem Archive IV. S. 349 und XXI. S. 262 über die badische Gesetzgebung gut: Zentner im Magazin für badische Rechtspflege IV. S. 240. Seuffert Comment. zur bair. Gerichtsordnung I. S. 166 ꝛc.

53) Die neuesten Gesetze darüber sind das sardinische vom 30. Oct. 1859 (aus §§. 89), das römische Gesetz vom 25. Juli 1859. Merkwürdig sind hier auch die Gesetze von 1803 der republica italiano. Alle diese Gesetze finden sich abgedruckt in einer seit 1860 von Dr. Bosio (dem Verfasser mehrerer guten Werke über Verwaltungsgegenstände herausgegebenen) Zeitschrift für Verwaltungsrecht unter dem Titel: P. cousultatore amministrativo Generale di les lipone dal Bosio. Verona. Es finden sich darin manche gute Aufsätze über Verwaltungsrecht.

54) Eine gute Zusammenstellung aller Fälle in de Fooz, p. 268 bis 274.

widrig von der gesetzgebenden Gewalt erlassenen Verfügung befolgen müssen, ist in Belgien vielfach verschieden aufgefaßt[55].

Von den deutschen Gesetzgebungen hat nur das Oldenburgische Gesetz v. 29. August 1837[56]) ausgesprochen: die Verwaltungspflege ist aufgehoben. Vergleicht man die in den verschiedenen deutschen Staaten noch bestehenden Verordnungen und die Rechtsübung, nach welcher noch so viele wahre Justizsachen dem Richter entzogen sind, und von Verwaltungsbehörden abgeurtheilt werden, so muß man sehr beklagen, daß man von dem Einflusse französischer Ansichten sich nicht losmacht, und keinen Schritt thut, um dem constitutionellen System gemäß die Grenze zwischen Justiz und Verwaltung zu ziehen[57]). Geschieht darüber nicht eine Verständigung, so wird eine gemeine Proceßordnung nicht den Werth haben, den sie haben könnte, weil dann zu häufig die Rechtsuchenden ihre Streitigkeiten den Gerichten entzogen sehen und erkennen, daß kein wahrer Rechtsschutz vorhanden ist. Dies wird noch klarer, wenn man näher den Zustand des Instituts der Competenzconflikte betrachtet. Auch hier ist Frankreich das Vaterland der Einrichtung, durch welche den Verwaltungsbehörden, wenn sie in einer Streitsache die gerichtliche Entscheidung ausschließen wollten, bewirken konnten, daß der Lauf der Justiz gehemmt und die Enscheidung des Conflikts einer hoch-

---

55) In großer Ausdehnung behauptet das Recht der Gerichte Verhägen, dagegen Fadler eingeschränkter in mehreren Schriften. Eine schöne Darstellung, Erörterung der beiderseitigen Ansichten von Mohl in der Zeitschrift für ausländische Gesetzgebung XXIV. S. 117. Verglichen mit de Fooz p. 309 und mit Mohl in Bluntschli's Staatswörterbuch IV. S. 275.

56) Der Art. 12 des Gesetzes fügt bei: Die bisher den Verwaltungsbehörden zugewiesenen Gegenstände gehen auf die ordentlichen Gerichte über. Nur in Bezug auf Deichwesen und Ablösungen sollen die Gesetze in Kraft bleiben.

57) Das Werk von de Fooz p. 266—369 giebt hier sehr gute Materialien. Wie die Grenzen zwischen Justiz und Verwaltung zu ziehen sei, in diesem Archiv IV. S. 305—344, Archiv XVII. S. 306 u. Archiv XXIII. S. 254. Zachariä Staatsrecht, Planitz Justiz und Verwaltung, Zentner 1806 im Magazin S. 232. Seuffert Coment. I. S. 164 bis 230 und Sydow die Zulässigkeit des Rechtswegs. Berlin 1860.

stehenden von der höchsten Gewalt abhängigen Verwaltungsbehörde übertragen wurde. Der schlau aufgestellte Grundsatz [58]): daß die Frage der Incompetenz der Gerichte d'Ordre public sei, wo der Mangel nicht durch Schweigen geheilt werden kann, und eine in jeder Lage der Sache geltend zu machende Nichtigkeit begründet, leistete dabei dem Streben, die Justiz beliebig zu beschränken, treffliche Dienste. Die an den mit Mitgliedern, von denen viele die nöthigen Rechtskenntnisse nicht besaßen, besetzten Staatsrath gewiesene Entscheidung der Competenzconflikte war nicht geeignet, Vertrauen zu dem Rechtszustande einzuflößen, bei dem es von der Regierung abhing, beliebig eine Rechtssache den Gerichten zu entziehen [59]). Die gehäuften Klagen über diesen Zustand veranlaßten in Frankreich das Dekret vom 4. Nov. 1848 und das Gesetz vom 9. Febr. 1850, wodurch zur Entscheidung der Competenzconflikte eine gemischte aus Richtern des Cassationshofs und aus Staatsräthen bestehende Behörde angeordnet wurde [60]). In Belgien wurde schon früh der Widerspruch solcher Competenzconflikte nach der französ. Weise mit einem geordneten Rechtszustande erkannt und der Art. 165 des Grundgesetzes von 1815 und das Gesetz vom 16. Juni 1816 half einigermaßen dem Uebel ab; die Verordnung vom 5. Oct. 1822 führte aber allmählig wieder zur Erhebung solcher Conflikte und erst bei der Abfassung der Verfassung des neueren Königreichs Belgien wurde der durch Erhebung von Competenzconflikten in der französ. Weise begründete Bestand als inconstitutionell erkannt und dem Cassationshof die Entscheidung solcher Conflikte übertragen. Der dadurch herbeigeführte [61]) Zustand [62]) wurde in Belgien zwar als befriedigend anerkannt, nur fühlbar war die Nothwendigkeit, daß das Ver-

---

58) Nach dem arreté du 13 Brumaire gehe und de Fooz p. 256.

59) Ueber den Gang der französ. Gesetzgebung und Uebung dies Archiv IV. S. 347 und dazu de Fooz p. 257 ꝛc.

60) Ueber den jetzigen Zustand in Frankreich Laferriere cours du droit public, vol II p. 567.

61) de Fooz p. 266.

62) Von 1832 bis 1842 gelangten in den Cassationshof nur 4 solche Kompetenzstreitigkeiten.

fahren durch ein Gesetz genauer geregelt werde[63], und mehrere Gesetzentwürfe wurden vorgelegt[64], ohne daß man bisher sich über ein Gesetz vereinigen konnte. In den deutschen Staaten fand anfangs die französ. Einrichtung, die Conflikte in den Staatsrath oder eine ähnliche Behörde, bei der mehrere mit dem Rechte unbekannte Mitglieder entschieden, zu übertragen, aus ähnlichen Ansichten, wie sie in Frankreich herrschten, Beifall; allmählig aber kam man zu dem vielfach vorgeschlagenen Auswege, für diese Entscheidung eine gemischte (aus Richtern und aus höhern Verwaltungsbeamten bestehende) Behörde zu bestellen[65]. Daß dadurch vielfach den Nachtheilen der früheren Einrichtung abgeholfen wurde, darf nicht verkannt werden; allein man würde sehr irren, wenn man glauben würde, daß dies neue Institut das volle Vertrauen der Rechtsuchenden, daß ihnen der volle Rechtsschutz ungehindert dadurch gewährt sei, begründet habe. Vergleicht man den Gang der Rechtsprechung der angeordneten Gerichtshöfe zur Entscheidung der Competenzconflikte in den deutschen Staaten[66], so überzeugt man sich bald, daß zwar sehr häufig

---

63) Eine geistreiche und praktische Darstellung der Gründe für und wider die Einrichtung findet sich in Raikem (Generalprokurator) discours de rentrée Liége 1843 p. 10.

64) Gut Nypels in der Zeitschrift für ausländische Gesetzgebung XIV. S. 502.

65) Der Entwurf von 1844 findet sich in der Zeitschrift für ausländische Ges. XVIII. S. 1 und die neuesten Entw. in diesem Archiv Band 40 S. 106.

66) Dies Archiv Band XIII. S. 95, XV. S. 300, XVIII. S. 653. Zachariä Staatsrecht II. S. 261, Lauk in Bluntschli's Staatswörterbuch V. S. 467.

67) Wir wollen nur hervorheben den Gang der Rechtsübung in Preußen, wo die ergangenen Entscheidungen im Minist.-Justizblatt abgedruckt sind, und die Schriften von Hartmann: das Verfahren bei Competenzconfl. Berlin 1860 und von Sydow: die Zulässigkeit des Rechtsweges. Berlin 1860. Viele verdienstliche Darstellungen enthalten in Baiern Rinecker, das Gesetz v. 1850 über Competenzconfl. Erlangen 1853. Lauk im Archiv für prakt. Rechtswissenschaft II. Bd. S. 1, III. S. 206. Seuffert Comm. zur bair. Gerichtsordn. neue Aufl. I. S. 230 und über die bisher entschiedenen Fälle: Blätter für Rechtsanwendung in Baiern Generalregister S. 86 von Baden, Zentner Magazin für bad. Recht V. S. 258.

ganz richtige Grundsätze aufgestellt waren, und mancher Competenzconflikt zum Vortheile der Justiz entschieden wurde; allein nicht weniger steht die Ueberzeugung fest, daß in Bezug auf die nämliche Frage die Entscheidung der Konflikte in den einzelnen Staaten auf eine höchst verschiedene Weise vorkömmt, was beweist, daß diese Gerichtshöfe nicht von sichern Prinzipien geleitet werden, und den Verdacht erwecken, daß oft nur Willkür die Urtheilenden leitete und nur zu oft die Absicht durchdringt, eine gewisse Sache mit Rücksichten auf bestimmte betheiligte Personen, die man dabei begünstigen und sie vor einer Verurtheilung durch das Gericht schützen wollte, dem Rechtswege zu entziehen. Vorzüglich zeigt sich dies in den Fällen, in denen ein Beamter wegen Amtsüberschreitung gerichtlich in Anspruch genommen werden soll. Das Vorbild eines aus Schlauheit, um die der Regierung unbedingt ergebenen wenn auch willkürlichen Beamten zu schützen, in Frankreich eingeführten Instituts leistete auch deutschen Regierungen gute Dienste, und obwohl 1848 diese der öffentlichen die Aufhebung oder doch Beschränkung fordernden Stimme nachgaben, hatten die späteren Gesetze wieder die Klagen gegen Beamte so verclausulirt, daß eine Erhebung eines Competenzconflikts gegen Klagen wider Beamte leicht möglich war und die Entscheidung des Conflikts gegen die Justiz leicht geschehen konnte. Es mag, um unsern Aufsatz nicht zu sehr auszudehnen, genügen, nur bei den in Preußen ergangenen Entscheidungen des Hofes für Competenzconflikte zu verweilen. Seit Jahren kamen dort auch in den Kammern[67]) wie in Zeitschriften[68]) vielfache Klagen gegen das Preuß. Verfahren vor und die Forderung, daß das Gesetz von 1854 aufgehoben oder wesentlich verbessert werden muß, wird immer häufiger gehört. Mehr oder minder werden in Preußen wie in andern Staaten die nämlichen Klagen in Bezug auf die Gesetzgebung über Kompetenzconflikte gehört, nämlich daß mehr Beschränkung der Erhebung eines Con-

---

69) Verhandlungen des Preuß. Landtags, stenographische Berichte des Hauses der Abgeordneten 1859 S. 393.

70) Z. B. in der Preuß. Gerichtszeitung von Hirsemenzel 1859 Nro. 7. 8. u. 54.

flikts nöthig werde, daß insbesondere keine verspäteten (oft nach langem durchgeführten richterlichen Verfahren) erhobene Konflikte Statt finden dürfen, daß die Besetzung dieser Gerichte besser sein, den Betheiligten Gelegenheit zu ihren Ausführungen gegeben und Oeffentlichkeit des Verfahrens eingeführt werden muß. Vergleicht man die seit Jahren ergangenen Entscheidungen des Preuß. Gerichtshofs dieser Art, so bemerkt man, daß nicht selten oft viele Monate vergehen, bis der erhobene Conflikt entschieden wird (was oft für den Rechtsuchenden großen Nachtheil haben kann). Es zeigt sich, daß nicht selten eine Klage gegen einen Beamten nicht zugelassen wird, weil der Beschuldigte aus guter Absicht irrthümlich gehandelt habe, wobei die Besorgniß entsteht, daß dies nur rein willkürlich angenommen wird[69]), oder weil der Beamte die Grenzen seiner Amtsbefugnisse nicht überschritten habe[70]), oder weil man dem Lehrer auch ein so ausgedehntes Züchtigungsmittel geben müsse[71]). Man fragt mit Recht, ob man wagen darf zu behaupten, daß in solchen Fällen die Gerichte die Eigenschaften nicht besitzen, auf den Grund umfassender Verhandlungen ein gerechtes Urtheil zu fällen. Nur zu oft bemerkt man, daß in Fällen, in denen der Rechtsweg abgesprochen wurde, die Entscheidung von den schwierigsten civilrechtlichen Fragen oder von wichtigen[72]) und in einzelnen Fällen von schwierigen rechtshistorischen Untersuchungen abhing[73]), und in denen die Besorgniß entsteht, daß auf Entscheidung auch Mitglieder Einfluß hatten, die nicht mit allen nöthigen juristischen Kenntnissen ausgerüstet waren. Wir leiten aus dieser Ausführung die Folgerung ab, daß wenn eine einen gesicherten Rechtsschutz gewährende gemeinsame deutsche Proceßgesetzgebung erreicht werden soll, dringend die Forderung befrie-

---

69) Entscheidung im Justizministerialblatt 1856. S. 91.

70) Justizministerialblatt 1855 S. 131. u. 1860 Nr. 49, wo eine beschränkende Minist.-Verordg. vom 3. Dec. 1860 abgedruckt ist.

71) Justizministerialblatt 1859 S. 443. Ein Lehrer hatte hier einem Schüler auf der Straße eine Ohrfeige gegeben.

72) Z. B. im Falle (Justizministerialblatt 1859 S. 85), ob ein Gutsbesitzer Rückstände zu berichtigen habe, oder im Falle (Justizministerialblatt 1859. 1860. S. 155) ob ein wahres Privilegium vorlag.

73) Z. B. im Falle als es auf Gemeindenutzungsrechte ankam (Justizministerialblatt 1859 S. 367).

digt werden muß, daß das Verhältniß der Justiz zur Verwaltung besser, als es jetzt besteht, durch Gesetze festgestellt werden muß, und die bestehende Gesetzgebung über Competenzconflikte gründlich verbessert werden muß, dabei in ernste Erwägung zu ziehen ist[74]) ob nicht die ganze Lehre von den Conflikten dadurch vereinfacht werden kann, daß den Gerichten die Entscheidung über die Einrede der Impotenz auch in dieser Hinsicht überlassen wird[75]).

III. Wenden wir uns zur Prüfung der Aufgabe einer Civilproceßordnung, der dabei leitenden Grundsätze und das Verhältniß der Wissenschaft zur Civilproceßgesetzgebung, so bemerkt man bald, daß darüber noch fortdauernd große Unklarheit herrscht. Der Verfasser des gegenwärtigen Aufsatzes hat an der Bearbeitung der badischen Civilproceßordnung von 1827 bis 1830 einen bedeutenden Antheil genommen, und erinnert sich genau der von unserer Commission für nöthig erachteten Berathung über gewisse Vorfragen. Es kömmt nämlich bei Abfassung eines Proceßgesetzbuchs darauf an, sich vorerst über gewisse leitende Grundsätze zu verständigen, insofern von der Art der Anerkennung eines Grundsatzes die Entscheidung der Frage abhängt, ob und in welcher Weise eine gewisse Bestimmung in das Proceßgesetzbuch aufgenommen werden soll. Nicht weniger ist es nothwendig die verschiedenen Kategorien sogenannter Proceßvorschriften sich klar zu machen. In der ersten Beziehung wird jeder Gesetzgeber aussprechen, daß der leitende Grundsatz durch den Zweck der Anordnung eines Civilverfahrens bestimmt wird, nämlich demjenigen, welcher Recht hat, in einem Rechtsstreite auf die einfachste, schnellste und wohlfeilste Weise durch Urtheil und hohheitlichen Zwang zu seinem Rechte zu verhelfen; allein damit wird wenig dem Gesetzgeber geholfen werden, wenn er wissen will, wie die beste Civilproceßgesetzgebung zu bearbeiten ist. Faßt man die Frage

---

74) Nicht unbeachtet darf hier bleiben, was Gneist in seinem trefflichen Werke: das heutige englische Verfassungsrecht II. Thl. S. 895—97 sagt, wo er auch auf die Gefahren der Einseitigkeit der Bildung deutscher Juristen aufmerksam macht.

75) S. aber auch was von Planitz: Justiz und Verwaltung S. 13 gegen diese Ueberlassung bemerkt.

praktisch auf, so überzeugt man sich bald, daß auch bei der Proceßgesetzgebung zwei Elemente nach von Savigny's[76]) Andeutung zusammenwirken müssen und zwar das politische und technische Element. In der ersten Beziehung wird der Zusammenhang des Rechts mit dem allgemeinen Volksleben von Bedeutung und in so ferne entscheiden Rücksichten der Zweckmäßigkeit mit Beachtung der besonderen Verhältnisse des einzelnen Landes[77]), für welches das Gesetzbuch bestimmt ist. 1) Der Gesetzgeber wird daher prüfen, ob er darauf mehr rechnen kann, daß die Parteien selbst verständig genug sind, die von ihnen in einem Rechtsstreit vorzubringenden Erklärungen und vorzunehmenden Handlungen zu erwägen, alles was zur guten Proceßführung nothwendig ist, vorzubereiten, und in allen schwierigen Fällen den Rath und Beistand von Rechtsverständigen vor und während des Rechtsstreites einzuholen, oder ob der Gesetzgeber von dieser Voraussetzung nicht ausgeht, die Rechtsuchenden vielmehr als unerfahren betrachtet und daher den Richter verpflichtet, durch ihre Instruktion für das Interesse beider Parteien und für die Herstellung der Wahrheit zu sorgen. Geht der Gesetzgeber von der ersten Rücksicht aus, so kömmt er mehr zur sogenannten Verhandlungsmaxime, im zweiten Falle zu dem preußischen Untersuchungsprincipe. 2) Eine andere Vorfrage ist die: ob der Gesetzgeber vorzugsweise durch das Streben bestimmt wird, das Verfahren so einzurichten, daß es möglichst kurz, einfach, wohlfeil die Urtheilsfällung möglich macht, und daß ein definitiver Rechtszustand dadurch begründet wird, oder ob der Gesetzgeber mehr durch ein gründliches umfassendes Verfahren den Sieg des materiellen Rechts herbeiführen wird. Entscheidet sich der Gesetzgeber für das Erste, so wird er zu strengen auf Abkürzung be=

76) In der Schrift vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung S. 12.

77) Wer mag in Abrede stellen, daß dabei die Bildungsstufe, auf welcher das Volk steht, die Oertlichkeit, der Grad des Wohlstandes in Betrachtung kommen? Die Sitte in den verschiedenen deutschen Staaten weicht z. B. auch in Bezug auf die Beiziehung der Advocaten sehr ab. Im Norden sind die Bürger weit mehr als im Süden Deutschlands gewöhnt, wenn sie Rechtsstreite haben, den Rath eines Advocaten zu benützen.

rechneten Bestimmungen kommen, daher zu kurzen peremtorischen Terminen, zur strengen Durchführung der Eventualmaxime, zu Beschränkung der Rechtsmittel und zu strengen Vorschriften über die Wirkungen des Ungehorsams[78]), während im zweiten Falle das Proceßgesetz weit milder sein, weniger schroff formelle Vorschriften geben, Restitution und Rechtsmittel gestatten wird. 3) Eine weitere Frage ist die: ob der Gesetzgeber davon ausgeht, daß jede Partei, welche bei Gericht ihr Recht verfolgen will, verpflichtet werden muß, die Wahrheit zu sagen, nichts zu thun um diese Erforschung derselben zu hindern oder zu vereiteln und daß die Vertreter der Parteien gehalten sind, kein Benehmen oder das Streben ihrer Partei zu begünstigen, durch Lügen und Verdrehungen den Proceß zu gewinnen oder in die Länge zu ziehen, oder ob der Gesetzgeber die im gemeinen deutschen Processe unter dem Schutze des geheimen schriftlichen Verfahrens zum Siege gekommene Ansicht wenigstens stillschweigend duldet, bei welcher die Parteien als Feinde sich gegenüber stehen, und daher von allen möglichen gesetzlich gestatteten Mitteln Gebrauch machen können, um dem Gegner den Sieg zu erschweren. Während nach der letzten Ansicht die Eventualmaxime auf das Aeußerste getrieben werden konnte, Läugnen und Lügen als gewöhnliche Klugheitsmittel erscheinen, kömmt die erste Ansicht selbst zu Strafen des Läugnens und der Chikane und wirkt dem Mißbrauche der Eventualmaxime entgegen. 4) Vorzüglich wird der Gesetzgeber darüber klar sein müssen, ob er auf ähnliche Art wie in dem Strafprocesse der neuen Zeit das Princip der Freiheit der Beweisprüfung anerkennt, den Parteien die Freiheit gewährt, durch alle möglichen Mittel den Beweis ihrer Behauptungen zu führen und die bisherigen Beschränkungen, die Regeln der gesetzlichen Beweistheorie verbannt, oder um Streit und Klage über Willkür zu beseitigen, nur gewisse Beweismittel zuläßt und genaue Regeln für ihren Ge-

---

78) Man muß sich über 4 verschiedene Systeme vereinigen a) das gemeinrechtliche mit der Strafe der Annahme der negativen Litiscontestation b) das französische c) das Preußische mit Annahme, daß der Ungehorsam als zugestehend angesehen wird, d) das Mittelsystem, nach welchem zwischen Litiscontestation und Einreden unterschieden wird.

brauch und die Beweiskraft vorschreibt. Von der Art der Entscheidung dieser Vorfragen (denen noch Andere hinzugefügt werden können) hängt der Charakter der Proceßgesetzgebung ab[77]. Die einzelnen Proceßvorschriften lassen unter nachstehenden Gesichtspunkten sich aufstellen. 1) Ein Theil dieser Vorschriften enthält Bestimmungen über die Anordnung des Verfahrens in Bezug auf den Umfang der Befugnisse und der Pflichten der im Processe thätigen Personen und zwar der Richter (z. B. über ihre Dekrete über die Vornahmen der rechtlichen Handlungen) der Mittelspersonen, z. B. Gerichtsboten (wegen Vornahme der Insinuation) und der Parteien und ihrer Vertreter, (z. B. wegen Einrichtung ihrer Vorträge, wegen der Einhaltung der Termine, wegen Befugnisse in Bezug auf Gebrauch gewisser Beweismittel, wegen des Fragerechts). 2) Andere Bestimmungen betreffen die rechtlichen Wirkungen der einzelnen im Processe vorkommenden Handlungen und zwar der richterlichen (z. B. der verschiedenen Arten der Entscheidungen und ihrer Rechtskraft) der Handlungen oder Unterlassungen von Seiten der Parteien (z. B. wichtig wegen Folgen des Ungehorsams). 3) Andere Vorschriften sind technischer Natur und hier lassen sich wieder vier Klassen unterscheiden, und zwar a) solche, welche sich auf die Grundform des Verfahrens und den Geist in welchem dasselbe durchzuführen ist, beziehen, z. B. ob Mündlichkeit (Unmittelbarkeit der Vorträge vor den urtheilenden Richtern) oder schriftliches Verfahren ob und wie weit Oeffentlichkeit eingeführt und b) sich auf die Form einzelner im Processe vorkommender Handlungen der Richter oder der Parteien, z. B. ob Zeugen von einem Gerichtsdeputirten oder in der Gerichtssitzung zu vernehmen sind. c) Andere betreffen die Anordnung des Ganges der Verhandlungen z. B. in Ansehung der Beweisführung durch Sachverständige, durch Eid d) Andere beziehen sich auf den regelmäßigen Gang des Verfahrens, auf alle Einzelnheiten, auf das Benehmen des Gerichts bei der zweckmäßigen Leitung der Verhandlung. In Bezug auf diese technischen Vorschriften bedarf es bei Bearbeitung eines Proceßgesetzbuchs einer sorgfältigen Verständigung. Es ist in neuerer

---

79) Gute Erinnerungen über die beste Art der Redaktion der Proceßvorschriften in Rousset, de la Redaction et Codification des Loix. p. 325.

Zeit als ein Vorzug des französischen Code hervorgehoben worden[80]), daß dieses Gesetzbuch auf Natürlichkeit beruht, daß die Regeln und Formen auf das geringste Maaß beschränkt sind, und dem Vorstande eine zweckmäßige Amtsgewalt (pouvoir discretionnaire) zusteht. Gewiß liegt in dieser Behauptung viel Wahres, sie bedarf aber doch einer näheren Prüfung. Wir haben in diesem Archive vielfach darauf aufmerksam gemacht, daß das mündliche Verfahren (wie in Frankreich) eine gewisse Elasticität enthält und dem Gerichte möglich macht, das in dem Falle Zweckmäßigste zu verfügen, dadurch den Nachtheil vermeidet, der in den deutschen Proceßgesetzbüchern vielfach durch die Starrheit und den Formalismus entsteht, in welchem das Gesetz für jede mögliche Zwischenfrage eine gewisse Regel und bestimmte Form vorschreibt[81]) die das rechtliche Ermessen oft ungeeignet beschränkt; diese Freiheit muß besonders bei den oben unter 3) angeführten Vorschriften eintreten, und das Gesetzbuch von vielen ungeeigneten Formvorschriften reinigen, um dem Gerichte die Freiheit zu geben, bei Leitung der Verhandlungen das Geeignete zu verfügen. Hier möchte es sehr zu empfehlen sein, dem Beispiele Englands, Nordamerika's[82]) und neuerlich auch Piemonts[83]) zu folgen, wo die Proceßgesetze kurz sind, aber der oberste Gerichtshof oder eine Commission eine Instruktion als Inbegriff von Regeln (rules, oft mit Formularen) verkündet, die bezwecken eine gewisse Gleichförmigkeit und Regelmäßigkeit des Geschäftsgangs zu bewirken, aber dem Ermessen des Gerichts die nöthige Freiheit zu lassen, während der Vortheil erreicht wird, daß, da diese Regeln keine Gesetze sind, sie auch der Erfahrung gemäß leicht

80) Zink über die Ermittelung des Sachverhalts I. S. 71.

81) Auch Busch in diesem Hefte S. 29 handelt von der Frage, ob in dem Proceßgesetzbuch mehr Generalisiren oder Specialisiren der Vorschriften vorkommen soll.

82) Ein Vorbild gewährt hier das Civilproceßgesetzbuch von Newyork, worin die Gesetze genau von den rules für die Einzelnheiten des Verfahrens geschieden sind. Wir empfehlen die schöne Ausgabe von Townsend the Code of procedure of the state of Newyork 1857.

83) Beachtungswürdig ist hier das Regolamento v. 15. April 1860 zum Civilproceßgesetzbuch von Piemont. Es besteht aus 194 §§.

modificirt werden können. Dagegen bedarf es in jedem Gesetzbuche der Vorschriften wie sie unter a—c oben bezeichnet wurden; nur darf man bei den unter c) Angeführten nicht den französ. Code zum Muster nehmen, weil eben dieser insbesondere im Beweisverfahren (wie wir unten nachweisen werden) eine Masse unnöthiger, verzögerlicher und kostspieliger Proceßvorschriften enthält. 4) Eine Klasse von Vorschriften bilden endlich in den Proceßgesetzbüchern diejenigen, welche im unmittelbaren Zusammenhange mit civilrechtlichen Grundsätzen stehend, die Art der Anwendung derselben auf processualische Handlungen und Wirkungen zu regeln suchen, z. B. das Verhältniß der Einrede der Streitgenossenschaft, der Legitimation zur Sache, der sogenannten nominatio auctoris u. A. Hier tritt bei der Bearbeitung des Proceßgesetzbuchs die größte Schwierigkeit ein; der Verfasser des gegenwärtigen Aufsatzes erinnert sich, daß bei der Berathung des badischen Proceßgesetzbuchs mehrere Sitzungen auf die Prüfung wie über die oben bezeichneten Institute die Vorschrift gefaßt werden sollte verwendet wurden, hier lehrt die Erfahrung, daß über die Anwendung solcher Sätze in der Rechtsübung die größten Streitigkeiten entstehen, weil das Bemühen durch eine allgemeine Formel für alle möglichen Fälle eine Vorschrift zu geben, an der Vielgestaltigkeit der Fälle, und an der Schwierigkeit der Redaktion scheitert. Das französ. Gesetzbuch hat sich die Sache bequem gemacht, indem es keine solche Vorschriften aufnimmt. Ob dies zweckmäßig ist, muß Gegenstand sorgfältiger Prüfung sein.

IV. Es mag erlaubt sein, uns vorläufig über die Wege zu erklären, auf welchen mit Erfolg eine gemeinsame deutsche Proceßgesetzgebung zu Stande gebracht werden kann. Wir schlagen zwei Wege vor: entweder vorerst durch eine große Commission berathen zu lassen, ob und wie die oben mit I. u. II. bezeichneten Schwierigkeiten und Hindernisse einer gemeinsamen Gesetzgebung beseitigt werden können, und in wie ferne eine Verständigung über die unter III. oben bezeichneten Vorfragen zu erwarten ist. Nur dann, wenn darüber volle Verständigung bewirkt wurde, wird eine Grundlage der ferneren Berathung gegeben und einer aus wenigen Mitgliedern bestehenden Commission die Bearbeitung des Entwurfs übertragen werden können. Der zweite einfachere Weg

würde der sein, über die Annahme der hannoverschen Proceßordnung als Grundlage weiterer Berathungen sich zu verständigen. Die Erfahrungen Hannovers, Braunschw. u. Oldenburgs würden dann ein gutes Material liefern, um die nöthigen Verbesserungen vorzuschlagen. Mag der eine oder andere Weg gewählt werden, so bedarf es, um das Ziel auf eine befriedigende Weise zu erreichen, des Zusammenwirkens vieler Kräfte. Wir beschränken uns vorerst auf Andeutungen. 1) Die zur Berathung niedergesetzte Commission muß aus praktischen Juristen (und zwar aus Richtern, welche die Zustände der ersten Instanzgerichte kennen, und solchen, welche mit der Praxis höherer Gerichte vertraut sind, ferner aus erfahrenen Advokaten) und aus Männern, welche die Wissenschaft zu ihrem Berufe machen, gebildet werden. Während die Ersten die Fülle ihrer Erfahrungen, die praktischen Bedürfnisse, zur Berathung mitbringen, werden die Zweiten das Ergebniß mühsamer, langer, wissenschaftlicher Forschungen vorlegen und der Austausch der Meinungen bewahrt vor Einseitigkeit. 2) Die Mitglieder der Commission müssen wohl vorbereitet[84]) in die Länder reisen, in welchen bereits das öffentlich=mündliche Civilverfahren in Uebung ist, sie müssen dort die im Ministerium gesammelten Berichte der Beamten, aber auch in alle Einzelnheiten eingehende Mittheilungen der Erfahrungen von Seiten der Richter, Staatsanwälte, aber auch verständiger Bürger zu erhalten suchen und benutzen. 3) Auch der Presse muß ihr wohlthätiger Einfluß dadurch gesichert werden, daß die unselige Geheimnißkrämerei verbannt, die Ergebnisse der Berathungen der Commission rechtzeitig veröffentlicht werden, damit die öffentliche Stimme sich äußern kann.

---

84) Im J. 1848—1849, wo aus verschiedenen Ländern Juristen besonders an den Rhein kamen, um das dortige Strafverfahren zu studiren, zeigte es sich vielfach, daß Manche nur ungenügend vorbereitet, beobachteten und daher jede ihnen von rheinischen Juristen, die oft die Mängel ihres Verfahrens nicht erkannten oder nicht entdecken wollten, gemachten Mittheilungen willkommen sein mußten.

(Fortsetzung folgt.)